

De (on)toelaatbaarheid van de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht

ArbeidsRecht 2023/51

De ontbindende voorwaarde lijkt een vreemde eend in de bijt binnen het arbeidsrecht, omdat een werknemer bij het intreden van de ontbindende voorwaarde geen ontslagbescherming geniet. De inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) in 2015 heeft de discussie doen herleven over de toelaatbaarheid van de ontbindende voorwaarde.² Deze discussie lijkt recent beslecht in de uitspraak van de Hoge Raad van 17 maart 2023³ rondom het uitzendbeding. Waar staan we nu post-Wwz ten aanzien van de (on)toelaatbaarheid van de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht?

1. Inleiding

Als in een arbeidsovereenkomst rechtsgeldig een ontbindende voorwaarde is bedongen, dan leidt vervulling van die voorwaarde ertoe dat de arbeidsovereenkomst van werknemer van rechtswege eindigt. De werknemer heeft dan geen ontslagbescherming. Er geldt immers geen opzegtermijn en preventieve toetsing van het UWV dan wel de kantonrechter. Dit lijkt haaks te staan op het wettelijk ontslagstelsel. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid is het ontslagregime meer rigide geworden, door de negen limitatieve ontslaggronden en de herplaatsingsplicht voor de werkgever (artikel 7:669 lid 1 BW). De vraag rijst of de ontbindende voorwaarde post-Wwz nog toelaatbaar is, en zo ja onder welke voorwaarden het is toegestaan om een ontbindende voorwaarde op te nemen in de arbeidsovereenkomst. In dit artikel wordt hierop ingegaan aan de hand van de gepubliceerde post-Wwz-rechtspraak.

2. De ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht

In Boek 7 BW is geen regeling opgenomen over de ontbindende voorwaarde. In artikel 7:667 lid 7 en 8 BW is slechts geregeld dat een ontbindende voorwaarde niet is toegestaan bij het intreden van een huwelijk/geregistreerd partnerschap of wegens zwangerschap of bevalling. Artikel 7:691 lid 2 BW bevat daarnaast met het uitzendbeding een voorbeeld van een onder voorwaarden toelaatbare ontbindende

voorwaarde.⁴ De basis voor de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht ligt in Boek 3 en Boek 6 BW (artikel 3:38 jo. 6:21–26 BW en artikel 6:216 BW).

2.1 Ontbindende voorwaarde pre-Wwz

Sinds het *Mungra*-arrest van de Hoge Raad is vaste rechtspraak dat een ontbindende voorwaarde toelaatbaar kan zijn in een arbeidsovereenkomst.⁵ De ontbindende voorwaarde hoeft niet noodzakelijkerwijs met het wettelijk ontslagstelsel onverenigbaar te zijn.⁶ Van geval tot geval moet worden bezien in hoeverre de strekking van de wettelijke ontslagregels tot nietigheid van de ontbindende voorwaarde leidt. In de literatuur en lagere rechtspraak werd daarna ook waarde gehecht aan het al dan niet inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst bij het intreden van de ontbindende voorwaarde. Er werd gemeend dat de Hoge Raad dit als een voorwaarde voor geldigheid had gesteld.

De Hoge Raad heeft in 2012 deze rechtspraak aangescherpt in het *HTM*-arrest.⁷ De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst kon volgens de Hoge Raad vanwege het wettelijk ontslagstelsel slechts *bij uitzondering* worden aanvaard. De Hoge Raad oordeelde dat de vraag of een ontbindende voorwaarde in strijd is met het wettelijk ontslagstelsel van geval tot geval moet worden beoordeeld, waarbij mede moet worden gekeken naar de aard, inhoud en context van de ontbindende voorwaarde. Met dit arrest is ook verduidelijkt dat het al dan niet inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst slechts een gezichtspunt in de totale afweging is (en geen voorwaarde betreft).⁸ Het kan dus zo zijn dat de arbeidsovereenkomst niet inhoudsloos is geworden, maar de ontbindende voorwaarde toch geldig is.

Sinds het *HTM*-arrest worden aan de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst de volgende cumulatieve voorwaarden gesteld (toetsingsmaatstaf):

- (1) De ontbindende voorwaarde moet verenigbaar zijn met het wettelijk ontslagstelsel.
- (2) De werkgever mag geen invloed (kunnen) uitoefenen op het al dan niet intreden van de ontbindende voorwaarde.

1 Mr. M. (Mandy) Ruijsseenaars en mr. L.D. (Linda) Brouwer zijn advocaat bij Liber Dock te Amsterdam.

2 Zie: R. Rietveld, 'De (niet meer) ontbindende voorwaarde', *ArbeidsRecht* 2017/27; D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', *TRA* 2017/25; M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz', *TvO* 2017/1; J.J.M. de Laat, 'De ontbindende voorwaarde in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2014/100.

3 HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:426, *JAR* 2023/5.

4 Vgl. concl. A-G R.H. de Bock 23 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:846, onder 13.2 en 15.6.

5 HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535, *NJ* 1992/509, m.nt. P.A. Stein (*Mungra/Van Meir*). Daarna ook: HR 24 mei 1996, *LJN* ZC2082, *NJ* 1996/685 (*Van Zijl/Van Koppen*); HR 13 februari 1998, *LJN* AD3324, *NJ* 1998/708 PAS (*Arrindell/Port de Plaisance*); HR 1 februari 2002, *LJN* AD6100, *NJ* 2002/607, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Monte/Bank*).

6 De Hoge Raad leidde dit toentertijd a contrario af uit artikel 7A:1639e lid 3 en 4 BW, zijnde het huidige artikel 7:667 lid 7 en 8 BW.

7 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (*HTM*).

8 Zie in die zin ook de conclusie van A-G Timmerman bij het *HTM*-arrest onder punt 3.50 en 3.53; vgl. ook noot S.H. Kuiper en S.J. Sterk bij HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213, *JAR* 2020/70.

- (3) Het moment van het intreden van de ontbindende voorwaarde moet objectief bepaalbaar zijn.

2.2 Ontbindende voorwaarde post-Wwz

Of er ook na de inwerkingtreding van de Wwz nog ruimte is voor de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst is een onderwerp van discussie geweest. De opvattingen in de literatuur waren verdeeld. Enkele auteurs menen dat de Wwz geen verandering heeft gebracht in de heersende leer uit het *HTM*-arrest. Een ontbindende voorwaarde kan bij uitzondering nog steeds geldig zijn.⁹ Er zijn ook auteurs die menen dat het rigide ontslagregime van de Wwz daartoe geen ruimte meer biedt.¹⁰ De wetsgeschiedenis van de Wwz biedt geen handvatten, nu het leerstuk van de ontbindende voorwaarde hierin in het geheel niet aan bod is gekomen. Het was dus wachten op de Hoge Raad. De lijn in de lagere rechtspraak was tot dat moment dat er onder de Wwz nog steeds wel ruimte was voor een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst.¹¹ Ook A-G De Bock onderschreef dit in september 2022 in haar conclusie rondom het uitzendbeding.¹²

Begin 2023 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de (on)toelaatbaarheid van het uitzendbeding als ontbindende voorwaarde bij ziekte. De Hoge Raad bevestigt in dit arrest dat ook post-Wwz in uitzonderlijke gevallen een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst nog steeds toelaatbaar is. De Hoge Raad herhaalt daarbij een-op-een de lijn uit het *HTM*-arrest.¹³

We menen dat de Hoge Raad hiermee definitief (en terecht) een einde maakt aan de discussie of de ontbindende voorwaarde nog steeds toelaatbaar is in de arbeidsovereenkomst post-Wwz. Uit het arrest wordt ook duidelijk dat nog steeds de lijn uit het *HTM*-arrest gevolgd dient te worden bij de vraag of een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst geldig is. De Hoge Raad heeft géén verandering willen brengen aan de inhoudelijke toets, zoals hiervoor onder paragraaf 2.1. uiteengezet.

9 Zie o.a. J. van Slooten, 'Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?', *TvO* 2017/1.

10 Zie: R. Rietveld, 'De (niet meer) ontbindende voorwaarde', *ArbeidsRecht* 2017/27; D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', *TRA* 2017/25; M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz', *TvO* 2017/1; J.J.M. de Laat, 'De ontbindende voorwaarde in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2014/100.

11 Zie ca. 22 uitspraken in de periode na 1 juli 2015 tot de HR-uitspraak van 17 maart 2023, waarbij steeds de toetsingsmaatstaf uit het *HTM*-arrest tot uitgangspunt werd genomen en in 8 gevallen als geldig werd beoordeeld: zie nader voetnoot 27.

12 Zie concl. A-G R.H. de Bock 23 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:846, onder 11.8–11.9.

13 HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:426, *JAR* 2023/5, r.o. 3.4.1.

3. Uitwerking ontbindende voorwaarde onder de Wwz

3.1 Herplaatsing

Interessant is de vraag *hoe* het gezichtspunt van het al dan niet inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst onder de Wwz wordt meegewogen. Sinds de inwerkingtreding van de Wwz kennen we een harde herplaatsingsvoorwaarde, die een serieuze inspanningsverplichting voor de werkgever omvat.

Als de arbeidsovereenkomst door het intreden van een ontbindende voorwaarde inhoudsloos wordt, zal de ontbindende voorwaarde eerder geldig zijn. De werknemer kan immers zijn werkzaamheden niet meer uitvoeren door het intreden van een gebeurtenis. Denk bij zo'n gebeurtenis bijvoorbeeld aan het intrekken van een voor de functie noodzakelijk certificaat. Door de herplaatsingsvoorwaarde onder de Wwz lijkt van een werkgever in zo'n situatie in beginsel verwacht te mogen worden de werknemer, indien voorhanden, een passende functie aan te bieden waarbij dit certificaat niet wordt verlangd. Zolang herplaatsing mogelijk is én in de rede ligt, is de arbeidsovereenkomst in beginsel immers niet inhoudsloos.¹⁴

Het *HTM*-arrest leert ons echter ook dat het al dan niet inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst géén voorwaarde is voor de beoordeling of een ontbindende voorwaarde geldig is of niet, maar dat dit slechts een van de gezichtspunten is die moet worden meegewogen. Wel lijkt van belang dat het in het *HTM*-arrest niet om een "doorsnee"-functie ging, de werkneemster vervulde een ID-functie.¹⁵ De Laat heeft betoogd dat de werknemer zich op de Wwz-herplaatsingsverplichting mag beroepen in het kader van de toetsing van de geldigheid van de ontbindende voorwaarde.¹⁶ Van Eck is van mening dat een dergelijke extra toets of de werknemer herplaatst kan worden, niet past binnen het vermogensrecht.¹⁷ In de rechtspraak pre-Wwz zijn geen aanknopingspunten te vinden voor zo'n extra toets. De Hoge Raad is in zijn arrest van begin 2023 hier niet expliciet op ingegaan, maar verwijst enkel naar de toets uit het *HTM*-arrest. Het *HTM*-arrest is echter pre-Wwz geweest door de Hoge Raad, toen er nog geen harde dwingendrechtelijke herplaatsingsvoorwaarde in de wet stond.

Strikt genomen geldt de herplaatsingsplicht van artikel 7:669 lid 1 BW enkel bij opzegging en daar is bij het intreden van een ontbindende voorwaarde geen sprake van; dit

14 Vgl. Rb. Noord-Holland 19 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2892; Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1694; Rb. Noord-Holland 24 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2462.

15 ID-baan (voormalig Besluit in- en doorstroombanen): arbeid waarbij de werkgever (loonkosten)subsidie ontving van de gemeente voor het tewerkstellen van een langdurige werkloze (met grote afstand tot de arbeidsmarkt).

16 J.J.M. de Laat, 'De ontbindende voorwaarde in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2014/100.

17 M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz', *TvO* 2017/1.

is immers een einde van rechtswege. De Hoge Raad geeft in zijn uitspraak van maart jl. óók blijk van een vergelijkbare strikt tekstuele benadering rondom de toepasselijkheid van het opzegverbod bij ziekte, namelijk dat dit opzegverbod alleen bij opzegging geldt en niet bij einde van rechtswege en daarmee niet in de weg staat aan de geldigheid van het uitzendbeding bij ziekte. Als we deze lijn van de Hoge Raad volgen, zou er geen wettelijke basis zijn om het intreden van de ontbindende voorwaarde voorwaardelijk te maken aan het al dan niet kunnen herplaatsen van een werknemer. Wij menen dat de leer uit het *HTM*-arrest ook post-*Wwz* ongewijzigd is gebleven: als een werknemer kan worden herplaatst in de organisatie, dan is dit een element dat moet worden meegewogen bij de beoordeling of de ontbindende voorwaarde geldig is, maar is dit géén doorslaggevend element.

3.2 Transitievergoeding

Er bestaat in de literatuur ook discussie over de vraag of een werknemer bij het intreden van een geldige ontbindende voorwaarde recht heeft op een wettelijke transitievergoeding ex artikel 7:673 BW. Uit de wet volgt niet of een werknemer bij het intreden van de ontbindende voorwaarde hierop recht heeft. Artikel 7:673 lid 1 sub a onder 3 BW regelt enkel dat er recht op een wettelijke transitievergoeding bestaat als de arbeidsovereenkomst na een einde van rechtswege op initiatief van werkgever niet is voortgezet.

Er zijn tot op heden vier uitspraken gepubliceerd rondom dit vraagstuk, waarbij de desbetreffende kantonrechters oordeelden dat er géén aanspraak bestond op een transitievergoeding. In drie van deze uitspraken was de grijze pas¹⁸ respectievelijk de verklaring omtrent het gedrag (vog)¹⁹ verplicht om de functie te mogen uitoefenen. Enkel in de uitspraak rondom de grijze pas overwoog de kantonrechter te Utrecht expliciet dat de werkgever (G4S) geen keuze had om de arbeidsovereenkomst al of niet voort te zetten, nu voor alle medewerkers geldt dat zij in het bezit dienen te zijn van (een bepaalde vorm van) toestemming in de zin van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wpbr). Daarmee werd volgens de kantonrechter niet voldaan aan de voorwaarden voor toekenning van een transitievergoeding.²⁰

Hoewel deze uitspraak bij eerste lezing begrijpelijk is, kan betwijfeld worden of deze uitspraak – ook vanuit

eerdergenoemde strikt tekstuele benadering – juist is. Zoals Chorus en Furstner²¹ terecht opmerken, kan een werkgever weliswaar geen invloed uitoefenen op het intreden van de ontbindende voorwaarde, maar wél invloed uitoefenen op het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst na het intreden van de ontbindende voorwaarde. Zo had G4S in voornoemde kwestie in beginsel ook kunnen opteren voor voortzetting van de arbeidsovereenkomst, hangende de beroepsprocedure bij de Raad van State die ten tijde van de procedure nog liep, onder tijdelijke vrijstelling van werk (met behoud van salaris). In de andere twee uitspraken valt evenmin uit te sluiten dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst mogelijk was. Dat geldt zeker voor de uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam, nu werkneemster daar uiteindelijk wel, maar een dag te laat, over een vog beschikte.²² Daarnaast moet ook niet uit het oog worden verloren dat de werkgever bij de start van de arbeidsovereenkomst in ieder geval het initiatief heeft genomen een ontbindende voorwaarde op te nemen.²³

In de vierde uitspraak, over een zogenoemd expatsysteem, oordeelde de kantonrechter te Assen dat uit de bewoordingen van artikel 7:673 BW en de wetsgeschiedenis blijkt dat het niet-voortzetten slechts ziet op het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd én niet op het intreden van een ontbindende voorwaarde.²⁴ Los van het feit dat er hier kanttekeningen geplaatst kunnen worden bij het oordeel van de kantonrechter dat de ontbindende voorwaarde rechtsgeldig is, met name de overweging dat de oorzaak van de reorganisatie volledig losstaat van de invloed van de werkgever, kunnen er ook kanttekeningen bij deze strikte lezing van artikel 7:673 BW worden gezet.

Er bestaat volgens ons bij een einde van rechtswege vanwege inwerkingtreding van de ontbindende voorwaarde, wel degelijk een basis voor verschuldigdheid van de wettelijke transitievergoeding. Het is immers de keuze van de werkgever om de arbeidsovereenkomst niet voort te zetten. Wél kan de transitievergoeding uiteindelijk alsnog niet verschuldigd zijn als er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer (artikel 7:673 lid 7 BW). In die zin heeft ook de kantonrechter te Leeuwarden in 2021 geoordeeld in een vergelijkbare (tot op heden nog niet gepubliceerde) zaak als die bij de Kantonrechter Utrecht (intrekking grijze pas).²⁵ In de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht had ‘ernstig verwijtbaar handelen’ ook zomaar – mede gezien de uitspraak van de Hoge Raad van 7 februari

18 Rb. Midden-Nederland 11 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3216, JAR 2018/173.

19 Rb. Rotterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5162 en Rb. Zeeland-West-Brabant 15 april 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:3752.

20 Rb. Midden-Nederland 11 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3216, JAR 2018/173, r.o. 4.5. In de cassatieprocedure d.d. 7 februari 2020 lag de vraag of werknemer recht heeft op een transitievergoeding bij een einde van de arbeidsovereenkomst door een ontbindende voorwaarde (intrekking instemming ex artikel 7 Wpbr) niet voor. Dit nu het hof in navolging van partijen tot uitgangspunt had genomen dat er in beginsel aanspraak kon worden gemaakt op een transitievergoeding, behoudens ernstig verwijtbaar handelen. Zie concl. A-G F.F. Langemeijer 29 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1271, onder 2.14 en HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:214.

21 Zie F.A. Chorus & B.P. Furstner, ‘Na einde van rechtswege: recht op vergoeding? De beëindigingsvergoeding bij de ontbindende voorwaarde onder de *WWZ*’, *ArbeidsRecht* 2019/18.

22 Rb. Rotterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5162, r.o. 3.5 en 4.7.

23 A.F. Bungener, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, artikel 38 Burgerlijk Wetboek Boek 3 en artikel 21 Burgerlijk Wetboek Boek 6.

24 Rb. Noord-Nederland 14 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4770.

25 Rb. Noord-Holland 4 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2347 (niet gepubliceerd): “De kantonrechter is van oordeel dat als de arbeidsovereenkomst is geëindigd (als gevolg van de vervulling van een ontbindende voorwaarde danwel anderszins) de werknemer ingevolge artikel 7:673 lid 1 BW aanspraak kan maken op een transitievergoeding.”

2020²⁶ – het oordeel kunnen zijn geweest, met onder aan de streep dezelfde uitkomst: geen transitievergoeding.

4. Praktijk: ontbindende voorwaarde geldig?

Nu wij hiervoor hebben vastgesteld dat de lijn uit het *HTM*-arrest nog steeds geldt, kunnen we voor de praktijk enkele handvatten afleiden uit de lagere rechtspraak post-Wwv.²⁷

4.1 *Bedrijfseconomische gronden*

Er zijn diverse uitspraken waarbij de ontbindende voorwaarde afhankelijk is gesteld van (i) het niet opdragen van werkzaamheden door de werkgever, (ii) de duur van een project met een opdrachtgever of de beëindiging van de werkorder door een opdrachtgever, (iii) de beëindiging van de terbeschikkingstelling door de inlener of (iv) het einde van een project (musical).²⁸ Deze ontbindende voorwaarden stranden allemaal, omdat ze – gelet op aard, inhoud en context – niet verenigbaar zijn met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht. Deze voorwaarden zijn immers – los van soms te ruime en onduidelijke formulering – volledig afhankelijk van de wil/zienswijze van de (formeel/materieel) werkgever. Het ligt dus in diens invloedssfeer en mist daarmee een objectieve grond. Als er geen werk is bij de werkgever of bij de opdrachtgevers van de werkgever, dan ligt dat in de risicosfeer van de werkgever. Dat rechtvaardigt géén inbreuk op de reguliere ontslagbescherming. Preventieve toetsing door het UWV van de bedrijfseconomische grond is de aangewezen ontslagroute.

4.2 *Leer-arbeidsovereenkomst/opleiding*

De ontbindende voorwaarde dat de leer-arbeidsovereenkomst eindigt als de opleiding voortijdig wordt beëindigd,

is in de regel een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde als de leerling zélf besluit definitief te stoppen met de opleiding of als de school de leerling verwijdt of uitsluit van de opleiding, zonder dat de werkgever hier invloed op heeft uitgeoefend.²⁹ Het niet halen van een Nederlandse taaltoets binnen een bepaalde termijn werd door het Hof Amsterdam ook aangemerkt als een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde.³⁰ Niet rechtsgeldig werd de situatie bevonden waarin de opleiding tijdelijk wegens gezondheidsredenen werd beëindigd met de bedoeling deze later weer te hervatten en waarbij niet vaststond dat de leerling de opleiding door haar ziekte niet met succes zou kunnen afronden.³¹ Ook niet rechtsgeldig, want afhankelijk van de subjectieve wil van het werkbedrijf, was de situatie waarin het werkbedrijf (materieel werkgever) door het beëindigen van de stageovereenkomst de beslissende hand had in de beëindiging van de onderwijsovereenkomst door het ROC.³²

4.3 *Certificaat (vog/vgb, grijze pas beveiligers, Schipholpas)*

Het wegvallen en/of intrekken van een bepaald wettelijk verplicht certificaat dat noodzakelijk is voor de functie kan ook een geldige ontbindende voorwaarde zijn. Voor sommige beroepen is het wettelijk verplicht om een verklaring omtrent het gedrag (vog) of een verklaring geen bezwaar (vgb) te hebben voor het uitoefenen van de werkzaamheden. Het voldoen aan deze ontbindende voorwaarde kan voldoende objectief bepaald worden als in de arbeidsovereenkomst een concrete termijn³³ is opgenomen voor het afgeven van de vog. Het is ook niet afhankelijk van de subjectieve wil van de werkgever, nu de vog wordt verstrekt door Justis, de screeningsautoriteit van het Ministerie van Justitie en Veiligheid.³⁴ Als een vog niet wettelijk vereist is maar de werkgever deze toch verlangt, dan wordt de geldigheid van de ontbindende voorwaarde een lastigere discussie. De vraag rijst dan waarom de werkzaamheden niet verricht kunnen worden zonder vog. Het niet inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst dient wat ons betreft dan als gezichtspunt wel zwaar mee te wegen.

In de beveiligingsbranche geldt dat een werknemer alleen door de beveiligingsorganisatie te werk mag worden gesteld als hij beschikt over de wettelijk vereiste toestemming van de korpschef van de politie voor het uitvoeren van beveiligingswerk (de grijze pas).³⁵ Het wegvallen/intrekken

26 HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:214; concl. A-G F.F. Langemeijer 29 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1271, punt 2.19.

27 We hebben 22 gepubliceerde post-Wwv-uitspraken gevonden: Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5259; Rb. Noord-Holland (locatie Alkmaar) 19 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2892; Rb. Zeeland-West-Brabant (locatie Tilburg) 9 augustus 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4944; Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:163, *JAR* 2017/50; Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1694; Rb. Oost-Brabant (locatie Eindhoven) 9 mei 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2702; Hof Den Haag 12 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2532; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8782; Rb. Noord-Nederland 14 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4770; Rb. Rotterdam 25 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5340; Rb. Noord-Holland 11 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1618; Rb. Midden-Nederland (locatie Amersfoort) 8 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:375; Rb. Noord-Holland 24 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5487 (KG); Rb. Amsterdam 16 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3487; Rb. Noord-Holland (locatie Haarlem) 1 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7148; Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2726; Rb. Rotterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5162; Hof Den Haag 22 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1084; Rb. Oost-Brabant (locatie 's-Hertogenbosch) 2 juli 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:3259; Rb. Noord-Holland 24 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2462.

28 Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:163, *JAR* 2017/50; Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1694; Rb. Oost-Brabant 9 mei 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2702; Hof Den Haag 12 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2532; Rb. Rotterdam 25 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5340; Rb. Noord-Holland 11 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1618; Rb. Amsterdam 16 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3487; Rb. Rotterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5162 en Rb. Zeeland-West-Brabant 15 april 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:3752.

29 Rb. Noord-Holland 19 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2892.

30 Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5229.

31 Rb. Oost-Brabant 2 juli 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:3259.

32 Rb. Noord-Holland 24 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5487 (kort geding) en Rb. Noord-Holland 1 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7148 (bodem). Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2726.

33 Als overeengekomen is dat de arbeidsovereenkomst eindigt als de vog niet binnen de gangbare termijn wordt afgegeven, is de ontbindende voorwaarde onvoldoende objectief bepaalbaar, zie: Rb. 's-Gravenhage 11 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BV0431. Ander voorbeeld onvoldoende objectief: Rb. Zeeland-West-Brabant 9 augustus 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4944.

34 Rb. Rotterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5162; Rb. Zeeland-West-Brabant 15 april 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:3752.

35 Zie artikel 7 Wpbr.

van deze toestemming door de korpschef acht het Hof Den Haag³⁶ te verenigen met het wettelijk ontslagstelsel, nu het een wettelijke verplichting is ter waarborg van de kwaliteit en de betrouwbaarheid van de beveiligingsorganisaties.³⁷ De Minister van Justitie en Veiligheid of de korpschef toetst of de betrokken persoon beschikt over de bekwaamheid en betrouwbaarheid die nodig zijn voor het te verrichten werk.³⁸

In de pre-Wwz-jurisprudentie werd de ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst eindigt als de Schipholpas, noodzakelijk om op Schiphol werkzaamheden te mogen verrichten, niet wordt verstrekt of wordt ingetrokken in de regel geaccepteerd. In 2022 oordeelde de Rechtbank Noord-Holland³⁹ dat het einde van rechtswege door intrekking van de Schipholpas de toets niet kon doorstaan. De kantonrechter achtte de ontbindende voorwaarde hier strijdig met het wettelijk ontslagstelsel, nu het intreden van de ontbindende voorwaarde volledig leunde op de strafrechtelijke verdenking en deze verdenking – gelet op de onschuldpresumptie en uitdrukkelijke ontkenning van werknemer – onvoldoende rechtvaardiging vormde voor een beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁴⁰ Koevoets bepleit overigens in een lezenswaardig artikel om de ontbindende voorwaarde in de vorm van intrekking van de Schipholpas of de grijze pas nooit rechtsgeldig te achten. Het strekt te ver om hier – in het kader van dit beschouwende artikel – nader op in te gaan.⁴¹

4.4 *Werkvisum/verblijfsvergunning*

Tot slot wordt in de praktijk geregeld afgesproken dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt als een werkvisum (tewerkstellingsvergunning of gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid (GVVA)) en/of verblijfsvergunning wordt ingetrokken. Een werknemer kan bij intrekking hiervan immers niet meer legaal in Nederland werken en dit lijkt daarom een valide grond te zijn voor het opnemen van een ontbindende voorwaarde. Het is echter twijfelachtig of zo'n voorwaarde in alle gevallen stand zal houden, nu de inspanning van de werkgever relevant is voor de vraag of een (nieuwe) tewerkstellingsvergunning of GVVA wordt afgegeven. Het ligt daarmee in de invloedssfeer van werkgever.⁴² Bij het verstrekken/intrekken van een verblijfsvergunning heeft de werkgever geen invloed en

daarmee lijkt een dergelijke voorwaarde eerder houdbaar. Er is pre-Wwz weinig tot geen rechtspraak op dit punt geweest en post-Wwz is er tot op heden ons geen relevante uitspraak bekend.⁴³

5. **Beperkte ruimte voor ontbindende voorwaarde**

De vraag in hoeverre de leer van de Hoge Raad over de toelaatbaarheid van de ontbindende voorwaarde nog overeind staat binnen het huidige ontslagstelsel van de Wwz, is door de Hoge Raad zelf beantwoord: die staat nog overeind. Ook binnen het huidige Wwz-stelsel is de ontbindende voorwaarde in uitzonderlijke gevallen mogelijk. Dat uitzonderlijke karakter wordt ook bevestigd in lagere rechtspraak post-Wwz, waar de ontbindende voorwaarde het vaker niet dan wel haalt.⁴⁴ Als de ontbindende voorwaarde het wel haalt, lijkt er in de lagere rechtspraak post-Wwz, behoudens de (nog) niet gepubliceerde uitspraak van de kantonrechter te Leeuwarden, geen ruimte te zijn voor de verschuldigdheid van de wettelijke transitievergoeding. Wij hebben hier onze kanttekeningen bij geplaatst. Werkgevers doen er verstandig aan om – gelet op het bijzondere karakter – terughoudend te zijn met het gebruik van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. De ruimte voor een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde was en is nog steeds beperkt!

36 Hof Den Haag 22 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1084. Zie in gelijke zin Rb. Midden-Nederland 11 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3216.

37 Schuld aan een strafbaar feit of strafvervolgning is niet vereist voor intrekking; twijfel aan betrouwbaarheid volstaat. De korpschef mag als maatstaf hanteren dat de betrouwbaarheid en de integriteit boven iedere twijfel verheven dient te zijn. De regeling is volgens de wetgever vergelijkbaar met de regeling van de vog op grond van de Wet op de justitiële documentatie en op de verklaringen omtrent het gedrag (WJD).

38 Het is kortom niet afhankelijk van de subjectieve wil van de werkgever. Het al of niet intrekken van de toestemming ligt buiten diens invloedssfeer.

39 Rb. Noord-Holland 24 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2462.

40 De kantonrechter acht dit een totaal andere situatie dan die waarin de toestemming op grond van artikel 7 Wpbr door de korpschef wordt ingetrokken na toetsing aan bij wet vastgestelde kaders.

41 M.M. Koevoets, 'De strafrechtelijke vervolging als ontbindende voorwaarde', *TAP* 2023/92.

42 Vgl. A. Avci & N. Koene, 'Wet arbeid vreemdelingen: Alert anno 2014!', *ArbeidsRecht* 2014/32; Ktr. Amsterdam 26 januari 2005, *JAR* 2005/70.

43 Hof Den Haag 16 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:356, ziet wel op de intrekking verblijfsvergunning als ontbindende voorwaarde, maar de rechtsgeldigheid wordt hier uiteindelijk niet concreet getoetst.

44 Zie noot 27 met 22 gevonden (relevante) uitspraken waarvan slechts 8 uitspraken met een geldige ontbindende voorwaarde.